FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON
fremsat den 8. november 1988 *

Høje Domstol.

1. De to sager, som selskabet Irish Cement har anlagt, og hvori der er nedlagt påstand, henholdsvis om, at det statueres, at Kommissionen retsstridigt har undladt at indlede en procedure i henhold til Traktatens artikel 93, stk. 2, vedrørende en støtte ydet til Sean Quinn Quarries Limited (herefter benævnt »Quinn«), og om annullation af den udtrykkelige afgørelse om ikke at ville indlede denne procedure, rejser visse retsplejemæssige problemer. Der er her selvsagt tale om retsstillingen i forbindelse med sager anlagt på grundlag af EØF-Traktatens artikler 173 og 175 og proceduren vedrørende statsstøtte i henhold til artikel 93.

2. Efter retsmødet den 18. oktober, hvor Domstolen udelukkende beskæftigede sig med spørgsmålet om, hvorvidt sagerne kan antages til realitetsbehandling, står det klart, at dette afhænger af, hvorledes følgende to spørgsmål må besvares:

— Må sagerne afvises, fordi der er tale om et forsøg på at åbne en søgsmålsadgang vedrørende en tidligere afgørelse, som ikke er blevet anfægtet rettidigt? [1]

— Er de »klassiske« betingelser i henhold til artiklerne 173 og 175, herunder navnlig, hvad angår artikel 175, betingelsen om, at Kommissionen skal have været forpligtet til at handle, overhovedet opfyldt?

Lad mig gå frem i den nævnte rækkefølge.

3. Det første problem, som man genfinder i Domstolens spørgsmål til parterne, drejer sig i første række om, hvorvidt Kommissionens svar af 14. maj 1985 er en afgørelse, som kan indbringes for Domstolen. Både sagsøgeren og Kommissionen afviser dette. Kommissionen har, men af andre grunde, nedlagt påstand om afvisning, men kun for så vidt angår passivitetssøgsmålet.

4. Undersøger man »1985-meningsudvekslingen«, konstaterer man for det første, at det i selve skrivelsen af 17. april 1985, som Irish Cements advokater fremsendte, hedder, at der er tale om en »formel klage«. I skrivelsen klages der over en støtte, som Northern Ireland Development Board var i færd med at yde Quinn, og som oversteg den støtte, sagsøgeren selv tidligere havde opnået. Der henvises til den konkurrencefordrejning, som den omtvistede støtte angiveligt ville skabe. Endelig blev der stillet forslag om, at Kommissionen ville kunne få forelagt yderligere oplysninger om den skade, som klageren ville lide, forudsat at disse oplysninger blev behandlet fortroligt.

* Oversat fra fransk.

1 — Jfr. sag 18/68, Eridania, dom af 10. december 1969, Sml. s. 117, og, for så vidt angår EKSF-Traktaten, sag 34/59, Elz, dom af 4. april 1960, Sml. 1954-1964, s. 173 (sammendrag), org. ref. Rec. s. 215, og de forenede sager 21 til 26/61, Meroni, dom af 6. april 1962, Sml. 1954-1964, s. 315 (sammendrag), org. ref. Rec. s. 143.

5. I sit svar af 14. maj 1985 meddelte Kommissionen, at de anmeldte og gældende regionalstøtteordninger i både Den Irske Republik og Nordirland opfylder de regler om støttelofter, som Kommissionen har fastsat ved de principper, på grundlag af hvilke det afgøres, hvorvidt sådanne støtteordninger er forenelige med fællesmarkedet. Kommissionen anførte, at den ikke havde rejst nogen indvendinger på grundlag af Traktatens artikler 92-94, hvorfor de pågældende medlemsstater inden for grænserne af de anmeldte lofter er beføjet til at træffe afgørelse om størrelsen af den støtte, der skal ydes til et givet projekt. Myndighederne i Nordirland var derfor ifølge Kommissionen beføjet til at yde den omtvistede støtte uden at forelægge spørgsmålet for Kommissionen, ligesom de irske myndigheder tidligere havde været beføjet til at træffe afgørelse om omfanget af den støtte, der skulle ydes til klageren. Kommissionen tilføjede, at selv om anvendelsen af de omhandlede støtteordninger i visse tilfælde kan give anledning til konkurrencefordrejning, foreligger der hjemmel til at anse dem for forenelige med fællesmarkedet, jfr. artikel 92, stk. 3, fordi de som helhed bidrager til udviklingen i områder, der er dårligst stillede. Efter at have anført, at Northern Ireland Industrial Development Board er beføjet til at yde støtte med indtil 50%, angav Kommissionen sammenfattende, at *»there would be little point in submitting details of the potential damage to your client«*.

6. To forhold er efter min opfattelse vigtige ved vurderingen af den nævnte skrivelses karakter:

— for det første tænker jeg på den i skrivelsen indeholdte redegørelse for de regler, som efter Kommissionens opfattelse regulerer det omhandlede spørgsmål,

— og for det andet på redegørelsen for den måde, reglerne finder anvendelse på i den situation, klagen sigtede til, idet det to gange nævnes, at myndighederne i Nordirland råder over bestemte beføjelser.

Man bør notere sig sidstnævnte omstændighed, idet det anførte hidrører fra den institution, som netop har til opgave at føre tilsyn med de af disse myndigheder gennemførte forholdsregler vedrørende statsstøtte.

7. Kan man imidlertid anse den nævnte skrivelse som udtryk for en endelig viljeserklæring af den art, som er konstituerende for afgørelser, der kan indbringes for Domstolen? En omstændighed gør, at jeg ikke kan være fuldstændigt kategorisk på dette punkt. Med formuleringen, *»there would be little point«*, får man ikke indtryk af, at »døren smækkes fuldstændigt i«. Formuleringen må antages at svare til det franske udtryk, »il n'y aurait guère d'intérêt« [det vil næppe være relevant].

8. Jeg er klar over, at det kan være nytteløst at forsøge at dechifrere meningen med en sådan formulering i en skrivelse fra en forvaltningsmyndighed. Neddæmpede formuleringer og eufemismer er ofte forekommende fænomener på dette område, og man forstår godt, hvis det kan have været nødvendigt at sige nej tak til tilbuddet fra sagsøgerens advokater om at fremlægge yderligere oplysninger i form af et »understatement«, således at en afvisning ikke fremtrådte som nogen uvenlig handling.

9. Samtidig må man imidlertid huske på følgende udtalelser i Domstolens dom i sagen Emile Henricot:

»... Hensynet til retsbeskyttelsen af alle berørte parter forudsætter, at disse har mulighed for ud fra selve en afgørelses form at

vide, at denne har så alvorlige retsvirkninger, herunder navnlig i form af, at en ufravigelig søgsmålsfrist begynder at løbe. Det bemærkes navnlig, at det er en forudsætning for, at noget kan anses som en afgørelse, at adressaterne får mulighed for utvivlsomt at blive klar over, at der er tale om en sådan.« [2]

10. Kommissionen har selv erkendt, at den nævnte formulering var uklar. Min opfattelse er på grundlag af de ovenfor refererede principper herefter den, at man ikke kan hævde, at der ikke foreligger en sådan uklarhed, hvorfor indholdet af skrivelsen ikke kan anses som udtryk for en utvivlsom endelig viljeserklæring.

11. Jeg har en supplerende bemærkning for det tilfælde, at Domstolen finder, at min analyse er præget af for stor tilbageholdenhed, og lægger til grund, at skrivelsen er en afgørelse, der kan indbringes for Domstolen. Det fremgår af de i 1986 gennemførte procedurer, at støtten til Quinn blev ydet i henhold til Standard Capital Grants Scheme (SCGS), der forvaltes af Department of Economic Development (DED). Både i sagsøgerens oprindelige klage og i Kommissionens svar tales der imidlertid om en støtte ydet af Northern Ireland Development Board, der forvalter en anden regional støtteordning, Selective Financial Assistance Grant (SFA). Det fremgår ganske vist, at Kommissionens vurdering var den samme, uanset hvilken ordning der var tale om. Men jeg er ikke overbevist om, at en nøjagtig juridisk analyse fører til det resultat, at det nævnte forhold må anses for at være ganske uden betydning. Efter min opfattelse er den nævnte omstændighed til hinder for, at Domstolen afviser de to sager med den eneste begrundelse, at skrivelsen af 14. maj 1985 må anses som udtryk for en afgørelse.

12. Jeg går herefter over til en »klassisk« undersøgelse af spørgsmålet om de betingelser, der skal være opfyldt for, at sagerne kan antages til realitetsbehandling. Jeg har indledningsvis nogle bemærkninger vedrørende den omstændighed, at passivitetssøgsmålet blev fulgt op af et annullationssøgsmål rettet mod den skrivelse af 14. juli 1986, hvorved Kommissionen meddelte sagsøgeren, at den ikke ville gribe ind.

13. For så vidt angår ordningen i henhold til EKSF-Traktaten, har generaladvokat Mayras været af den opfattelse, at annullationssøgsmålet i sådanne tilfælde ikke kan antages til realitetsbehandling, idet det er rettet mod en afgørelse, som nødvendigvis må være udtryk for en bekræftelse af den stiltiende afvisning, der foreligger efter udløbet af den frist på to måneder, der begynder at løbe, når opfordringen til at gribe ind fremsættes [3].

14. Noget tilsvarende kan efter min opfattelse ikke lægges til grund her. EØF-Traktatens artikel 175 opererer således ikke med det teoretiske begreb om en stiltiende beslutning om afvisning, og der er ikke efter bestemmelsen tale om en »underordnet variant af annullationssøgsmålet« [4], således som det er tilfældet med søgsmål efter EKSF-Traktatens artikel 35. Jeg vil ikke her uddybe det teoretiske spørgsmål om beskaffenheden af søgsmål i henhold til artikel 175, men blot bemærke, at det er åbenbart, at formålet er at få konstateret, at der foreligger passivitet, hvilket betegner forskellen i forhold til søgsmål i henhold til artikel 173, hvor formålet er at opnå en annullation af den pågældende afgørelse. Jeg mener på denne baggrund, at der i nærværende tvist må ske to selvstændige undersøgelser af de to sagers formalitet.

2 — Forenede sager 23, 24 og 52/63, dom af 5. december 1963, Sml. 1954-1964, s. 437 (sammendrag), org. ref. Rec. s. 439, på s. 455, min fremhævelse.

3 — Forslag til afgørelse i sag 114/75, kendelse af 2. marts 1977 om slettelse, Sml. s. 381, 386.

4 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Capotorti i sag 125/78, GEMA, Sml. 1979, s. 3173.

15. Jeg bemærker herefter, at sagsøgeren lod næsten 11 måneder forløbe fra Kommissionens svar af 14. maj 1985 til opfordringen til at gribe ind af 28. marts 1986. Domstolen har i sin praksis fastslået, at når en berørt part konstaterer, at Kommissionen forholder sig passiv, må opfordringen i medfør af af EKSF-Traktatens artikel 35 til at træffe afgørelse fremsættes inden for en rimelig frist herefter [5]. Uanset de teoretiske overvejelser, man kan gøre sig med hensyn til forskellen mellem sidstnævnte former for søgsmål og søgsmål i henhold til EØF-Traktatens artikel 175, følger det også af

»hensynet til retssikkerheden og kontinuiteten i Fællesskabets virksomhed« [6],

at

»der ikke gælder nogen ubegrænset frist til at udøve retten til at fremsætte en opfordring til Kommissionen« [7].

16. I dommen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, hvor det var åbenbart, at Kommissionen havde forholdt sig passiv, fandt Domstolen, at den pågældende medlemsstat kunne

»anvende de procedurer eller retsmidler, som Traktaten stiller den til rådighed, på et tidspunkt, hvor et effektivt indgreb endnu er muligt og ikke gør tredjemands stilling unødigt usikker«,

og Domstolen fastslog på dette grundlag, at 18 måneder var for lang tid at vente.

17. Kan man overføre dette ræsonnement på en sagsøger, der er en privatretlig juridisk person? Principielt kan der efter min opfattelse ikke rejses indvendinger herimod. Konkret og uden at ville vende tilbage til spørgsmålet om den retlige vurdering af svaret af 14. maj 1985 bemærker jeg, at det i hvert fald fremgik af skrivelsen, at Kommissionen ikke påtænkte at gribe ind.

18. Sagsøgeren har ved adskillige lejligheder fremsat ønske om, at denne sag gives en særbehandling, eller ligefrem behandles som en hastesag. Jeg kan ikke undgå at sammenholde dette med den omstændighed, at sagsøgeren ventede næsten et år med at opfordre Kommissionen til at gribe ind. Jeg vil ikke gå så langt som til at hævde, at denne fremhævelse af sagens hastende karakter er udsprunget af andre overvejelser end simpelt hen ønsket om en hurtig løsning på tvisten, som f. eks. en tanke om på elegant måde at bortlede opmærksomheden fra den sene opfordring...

19. Den bemærkning trænger sig dog på, at statsstøtte er et kompliceret område, hvor selv den mest aktive virksomhed kan have vanskeligheder med hurtigt at finde den »røde tråd« i de gældende regler og ordninger [8]. Et vidnesbyrd herom er den oprindelige usikkerhed med hensyn til den støtteordning, som støtten til Quinn blev ydet i medfør af, og den »materielle« fejl hos Kommissionen, der for Domstolen har fremlagt et dokument vedrørende regionalstøtteordninger i Det Forenede Kongerige, som dog netop ikke omfatter Nordirland... På denne baggrund finder jeg, at der ikke

5 — Sag 59/70, Nederlandene mod Kommissionen, dom af 6. juli 1971, Sml. s. 157 (sammendrag), org. ref. Rec. s. 639. Jfr. ligeledes generaladvokat Roemers forslag til afgørelse i de forenede sager 24 og 34/58, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, Sml. 1954-1964, s. 187 (sammendrag), org. ref. Rec. 1960, s. 573.

6 — Sag 59/70, jfr. ovenfor.

7 — Samme sag.

8 — Jeg henviser i øvrigt til den mangel på »gennemskuelighed« og »offentlighed«, som synes at herske på dette område, jfr. bl. a. Despina Schina: State aids under the EEC treaty, ESC Publishing Limited Oxford, 1987, navnlig s. 175 og 177, hvor forfatteren anfører, at »The Commission could do a great deal to improve the transparency and efficiency of its procedure relating to the control exercised on state aids«.

foreligger tilstrækkelige omstændigheder i sagen til, at det kan lægges til grund, at sagsøgeren ventede for lang tid med at fremsætte sin opfordring til Kommissionen.

20. I sit forslag til afgørelse i sagen COFAZ [9] udtalte generaladvokat VerLoren van Themaat, at denne sag ikke rejste det spørgsmål, om en berørt tredjemand kan anlægge et passivitetssøgsmål med henblik på at søge at fremtvinge, at proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, indledes. Det må fastslås, at der her er tale om et problem, som foreligger for Domstolen for første gang [10].

21. Jeg bemærker indledningsvis, at Domstolen ofte får forelagt sager, hvori der er spørgsmål om overholdelse af fristerne i artikel 175.

22. Jeg deler den opfattelse hos Domstolens generaladvokater [11], hvorefter det er en forudsætning for, at en sag anlagt under henvisning til artikel 175 kan antages til realitetsbehandling, at der foreligger en forpligtelse til at handle. Det må derfor i sagen undersøges, hvorvidt der består en *pligt* for Kommissionen til at indlede proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, hvorved de berørte parter opfordres til at fremsætte deres bemærkninger. Kommissionen har rejst spørgsmål om sagens afvisning. Dens opfattelse er i det væsentlige følgende. En individuel støtte ydet efter en bestående regionalstøtteordning kan ikke gøres til genstand for en procedure i henhold til artikel 93, stk. 2. For det første er det ved bestående støtteordninger nødvendigt først at anvende proceduren i henhold til artikel 93, stk. 1, dvs. proceduren med en løbende undersøgelse. Der er her tale om en dialog mellem Kommissionen og medlemsstaterne, og kun dem, således at private ikke kan inddrages. For det andet gælder det under alle omstændigheder, at proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, kun kan føre til fremtidige ændringer i den pågældende ordning, hvorimod denne procedure ikke kan få virkning for en konkret støtte, der er ydet efter en bestående ordning. Retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er til hinder herfor.

23. Sagsøgeren, der selv under den mundtlige forhandling betegnede sin opfattelse som »radikal«, gør gældende, at enhver individuel støtte ydet i henhold til en bestående ordning er en ny støtte, der skal anmeldes. Når der således ydes en støtte som den til Quinn, og når der foreligger en »vis formodning for uforenelighed« med fællesmarkedet, skal proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, indledes.

24. Før jeg går over til en gennemgang af de opfattelser, der er blevet gjort gældende for Domstolen, finder jeg det nødvendigt at redegøre for ordningen i henhold til artikel

9 — Sag 169/84, dom af 28. januar 1986, Sml. s. 391.

10 — Kendelsen af 11. juli 1979 (59/79, Sml. s. 2425) vedrørte et passivitetssøgsmål, hvorved en beslutning om, at en støtte var uforenelig med fællesmarkedet, søgtes fremtvunget, og sagen var anlagt af en sagsøger, som havde fremsat sine bemærkninger under en procedure i henhold til artikel 93, stk. 2, der allerede var indledt; jfr. tillige R. Joliet i *Le droit institutionnel des Communautés européennes, Le contentieux*, Liège, 1981, s. 160, hvor forfatteren giver udtryk for den opfattelse, at der savnes hjemmel for privatretlige juridiske personer til at anlægge passivitetssøgsmål med henblik på at fremtvinge en beslutning i medfør af artikel 93, stk. 2.

11 — Jfr. generaladvokat Roemers forslag til afgørelse i den ovenfor nævnte sag 18/68, Eridania, hvori det hedder: »Det, der er afgørende..., er, om en fællesskabsinstitution ved at forholde sig passiv har tilsidesat Traktaten. Institutionen skal således have været forpligtet til at handle, idet den blotte omstændighed, at den som led i nogle skønsmæssige beføjelser kunne have gjort dette, her ikke er tilstrækkeligt«, generaladvokat Gands forslag til afgørelse i sag 6/70, Borromero, Rec. 1970, s. 815, 822, samt generaladvokat Slynns forslag til afgørelse i sag 246/81, Lord Bethell, Sml. 1982, s. 2277, 2296. For så vidt angår teorien, jfr. navnlig E. Reuter, »Le recours en carence de l'article 175 du traité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes«, *Cahiers de droit européen*, 1972, s. 159, 173.

93. Jeg vil her henvise til følgende udtalelser fra generaladvokat Mayras [12]:

»Traktatens artikel 93 skelner i den henseende mellem to radikalt forskellige situationer.

— Artiklens første stykke angår medlemsstaternes *eksisterende støtteordninger*, i forhold til hvilke Kommissionen dels har beføjelse til at foretage undersøgelser og stille forslag og dels beføjelse til at give pålæg og træffe afgørelse, der i påkommende tilfælde sanktioneres af Domstolen. Efter at have foretaget undersøgelse af en sådan ordning og givet den pågældende stat lejlighed til at fremsætte bemærkninger kan Kommissionen i første omgang foreslå staten sådanne foranstaltninger, som fællesmarkedets funktion eller gradvise udvikling kræver. Det drejer sig her om blotte 'henstillinger' i den betydning, der er forudsat i Traktatens artikel 189, sidste afsnit; disse er ikke bindende for modtageren.

— Stykke 2 i artikel 93 går meget længere. Finder Kommissionen af en eller anden grund, at en eksisterende støtteordning kan være uforenelig med fællesmarkedet, med andre ord hvis den står over for en 'mistænkelig' støtteordning, skal den benytte *en fremgangsmåde*, som indledes med en opfordring til såvel staterne som de interesserede parter og dermed de fysiske eller juridiske personer, som på en eller anden måde er berørt af støtteordningen, til at fremsætte deres bemærkninger.

Hvis Kommissionen på baggrund af disse bemærkninger finder, at støtten er uforenelig med fællesmarkedet, har den beføjelse til at beslutte, at den pågældende stat skal ophæve eller ændre støtteforanstaltningen inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsætter. Denne beslutning kan sanktioneres...

Det følger endelig — for så vidt angår eksisterende støtteforanstaltninger — af systemet i artikel 93, stk. 2, at selv om Kommissionen kan træffe beslutning om, at en støtte er uforenelig med fællesmarkedet, har dens beslutning dog kun virkning *for fremtiden*. Den kan, i øvrigt i overensstemmelse med et almindeligt af medlemsstaterne og Domstolen anerkendt retsprincip, ikke have tilbagevirkende kraft. En sådan beslutning har ikke en konstaterende, men en konstitutiv karakter. Det er selve denne, og denne alene, der danner grundlag for forbudet mod støtten eller pligten til at ændre den.

En anden fortolkning af artikel 93 ville være ensbetydende med en krænkelse af tredjemands velerhvervede rettigheder, en trussel mod retssikkerheden og endelig uoverstigelige vanskeligheder ved gennemførelsen.

Situationen er en helt anden, når Kommissionen står over for en planlagt ny støtteordning eller en ændring af en eksisterende støtte. Ingen subjektiv ret kan nemlig støttes på en plan. Det er derfor blevet anset muligt i dette tilfælde at tillægge Kommissionen den meget vidtgående beføjelse til at modsætte sig gennemførelsen af planlagte foranstaltninger, hvis den finder disse foranstaltninger uforenelige med fællesmarkedet i artikel 92's forstand.«

25. Jeg bemærker, for så vidt angår spørgsmålet om »overgangen« mellem de to kategorier, at

»iværksættes [en ny] støtteforanstaltning efter meddelelsen af Kommissionens godkendelse, bliver den herved en 'eksisterende støtte', der som sådan er underkastet den løbende undersøgelse efter artikel 93, stk. 1« [13].

12 — Forslag til afgørelse i sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland, Sml. 1973, s. 813, 833-35.

13 — Sag 84/82, Tyskland mod Kommissionen, dom af 20. marts 1984, Sml. s. 1451, præmis 12, s. 1488.

Endelig medfører ændringer af en »eksisterende« støtteordning, at denne bliver omfattet af kategorien »ny støtte«, jfr. artikel 93, stk. 3.

26. Jeg kan således sammenfatte ordningen efter artikel 93 således:

— for så vidt angår bestående støtteordninger, kan en beslutning i medfør af artikel 93, stk. 2, kun få retsvirkninger for fremtiden [14],

— for så vidt angår ny støtte, er suspensionsvirkningen — indtil støtten får karakter af en bestående støtte, enten fordi Kommissionen godkender den, eller fordi Kommissionen ikke reagerer inden for en rimelig frist — til hinder for en iværksættelse, der kan give anledning til udbetalinger.

27. Allerede på dette grundlag synes der at savne belæg for sagsøgerens opfattelse. Denne går som nævnt ud på, at enhver individuel foranstaltning er en ny støtte, som derfor skal anmeldes, og i forbindelse med hvilken Kommissionen er forpligtet til at indlede proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, såfremt der er en vis formodning for, at støtten er uforenelig med fællesmarkedet. Man må imidlertid spørge, om der kan være nogen anden mening med princippet om, at en beslutning i medfør af artikel 93, stk. 2, for så vidt angår bestående støtteordninger, kun kan få virkninger for fremtiden, end den, at individuelle gennemførelsesforanstaltninger i henhold til den pågældende ordning, der er gennemført inden beslutningen, ikke kan underkendes? Endvidere er sagsøgerens sondring mellem en bestående ordning og individuelle foranstaltninger uantagelig, for så vidt individuelle foranstaltninger herved anses som »ny støtte« efter artikel 93.

28. Jeg skal i denne forbindelse blot henvise til Domstolens dom i sagen Lorenz [15], hvori der blev taget stilling til, under hvilke forudsætninger en ny regionalstøtteordning, der er blevet anmeldt til Kommissionen i henhold til artikel 93, stk. 3, kan få status som en bestående støtteordning, når Kommissionen undlader at reagere. Domstolen udtalte i denne dom, at en medlemsstat efter udløbet af en rimelig frist og efter at have givet Kommissionen en forhåndsmeddelelse kan *»gennemføre foranstaltningen«*, hvorefter den pågældende støtte som en bestående støtte bliver underkastet bestemmelserne i artikel 93, stk. 1 og 2. Der er således tale om en ganske klar afgørelse. En bestående ordning fungerer og sættes i kraft, uden at gennemførelsesforanstaltninger forudsætter en anvendelse af proceduren i artikel 93, stk. 3.

29. Sådanne foranstaltninger betegner, at den bestående støtteordning bringes i anvendelse. Der er ikke tale om en politik med »standardgodkendelser«, således som sagsøgeren hævder. Forholdet er den logiske konsekvens af, at regionalstøtteordninger *konkretiseres* efter Traktatens artikel 93, stk. 1.

30. Den undersøgelse, som Kommissionen gennemfører i henhold til denne bestemmelse, gør det muligt i samarbejde med medlemsstaterne at vurdere, hvorledes den pågældende ordning fungerer, og i givet fald at foreslå ændringer til den. Såfremt

14 — Jfr. ovennævnte forslag til afgørelse fra generaladvokat Mayras; generaladvokat Warners forslag til afgørelse i sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. 1974, s. 709, 723: »Det må navnlig bemærkes, at Kommissionens beføjelse til at træffe beslutning om, at den pågældende stat skal ophæve eller ændre en bestående støtteordning, kun kan udøves vedrørende fremtiden. Den kan ikke have tilbagevirkende eller deklaratorisk gyldighed«, og generaladvokat Reischls forslag til afgørelse i sag 120/73, Lorenz, dom af 11. december 1973, Sml. s. 1471.

15 — Sag 120/73, jfr. ovenfor.

den pågældende medlemsstat nægter at gennemføre sådanne, kan ændringerne fremtvinges på grundlag af artikel 93, stk. 2, men — lad mig minde om dette — kun for så vidt angår ordningens anvendelse i fremtiden. Endelig bemærker jeg, at den undtagelsesvise forebyggende kontrol, for så vidt angår »betydningsfulde tilfælde« [16], der har til formål at styrke overholdelsen af de generelle principper på området, i øvrigt tilsigter at fremme målsætningen med ordningen, som er at finde en balance mellem det »minus« for konkurrencen, som støtten indebærer, og »plusset« for industrialiseringen og udviklingen, selv i tilfælde, hvor der er tale om meget store økonomiske midler.

31. Der er ingen grund til at skjule det: Hvor sindrig Irish Cements analyse end måtte være, hviler den på en fortolkende og bogstavelig forståelse af Traktatens artikel 93, hvorved der ikke tages hensyn til dennes iboende logik og ses bort fra indholdet af begrebet bestående støtteordninger som omhandlet i bestemmelsens stk. 1.

32. Sagsøgeren har i øvrigt korrekt forstået en af konsekvenserne af sin opfattelse: Hvorfor godkende regionalstøtteordninger, såfremt medlemsstaterne under alle omstændigheder skal anmelde alle gennemførelsesforanstaltninger? Irish Cement kan dog ikke foregribe denne problematik ved at hævde, at denne ikke eksisterer, idet godkendelsen af en ordning gør det muligt for medlemsstaten at »planlægge« støtten og have »gode chancer« for at få individuelle støtteforanstaltninger godkendt. Sagt med andre ord, godkendelsen af en ordning får overhovedet ingen retsvirkninger. Hvis man fører sagsøgerens opfattelse ud i dens yderste konsekvens, er det ensbetydende med, at der overhovedet ikke er nogen anledning til at anmelde nye regionalstøtteordninger, da de individuelle støtteforanstaltninger under alle omstændigheder skal anmeldes...

33. Når Irish Cement med bestemthed gør gældende, at individuelle støtteforanstaltninger skal anmeldes, er formålet selvsagt ikke, at Domstolen skal anlægge en særegen fortolkning af artikel 93. Den første forhindring for indledningen af en proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, vedrørende en individuel støtte som den til Quinn følger af de garantier i form af en »sikkerhed«, som gælder i forbindelse med forvaltningen af en bestående støtteordning. Såfremt denne forhindring skal fjernes, må man nødvendigvis forlade sig på sagsøgerens opfattelse, hvis formål i sidste instans er — på det grundlag, at der skulle foreligge et krav om anmeldelse af alle individuelle støtteforanstaltninger — at hindre, at der med henvisning til retssikkerhedsprincippet ikke gives sagsøgeren medhold i sagen.

34. Det må dog fremhæves, at følgerne af, at en ordning har status som en bestående ordning, er så betydelige, at der må stilles store krav med hensyn til anmeldelse af ændringer. Det er på dette punkt ikke blevet bestridt, at SCGS bestod før Det Forenede Kongeriges tiltrædelse og dermed er en bestående ordning. Hvad angår den »udvikling«, som ordningen har gennemgået, kan en læsning af den franske version af Kommissionens indlæg og bilagene hertil imidlertid give anledning til stor forvirring. Det anføres, at den omhandlede »Order« af 1982 ikke blev anmeldt, fordi den ikke betegnede nogen materielle ændringer, mens det er angivet i skrivelsen fra Det Forenede Kongeriges Faste Repræsentation, at denne retsakt »a renforcé« [styrkede] den bestående ordning. I den engelske original anvendes imidlertid udtrykket »consolidated«. På grundlag af *Concise Law Dictionary* har jeg kunnet konstatere, at udtrykket »consolidated« svarer til det retlige begreb »codifier« [kodificere], hvorimod det ikke dækker begrebet »styrkelse«. Når henses hertil,

16 — Dette skal sammenholdes med en situation, hvor der på grundlag af en »støttekodeks« kan stilles krav om anmeldelse af alle påtænkte støtteforanstaltninger, uanset det retlige grundlag for disse. I sådanne tilfælde finder proceduren om »ny støtte«, jfr. artikel 93, stk. 3 og stk. 2, anvendelse, selv om foranstaltningen er et led i en bestående ordning. Der er imidlertid her netop tale om undtagelser »ratione materiae« til de principper, jeg har omtalt.

kan man herefter lægge til grund, at en ændring (»with amendement«), som bestod i en administrativ nyindretning af ordningen — det er således, at Kommissionen og Det Forenede Kongerige opfatter den omhandlede »Order« af 1982 — ikke behøvede at blive anmeldt, forudsat at der ikke var tale om nogen udvidelse af ordningen [17].

35. Hvad angår ændringerne fra 1985, bemærker jeg, at disse blev anmeldt — ganske vist efter deres vedtagelse — til Kommissionen, der ikke fremsatte nogen indvendinger på grundlag af artiklerne 92-94. Hvad endelig angår ændringen fra 1983, blev denne ganske vist ikke anmeldt, men der var her tale om en bekendtgørelse, som begrænsede de maksimale udgifter, der kunne afholdes som led i den pågældende støtteordning.

36. Såfremt Domstolen på dette grundlag er enig med mig og antager, at Kommissionen — når der ydes en individuel støtte som led i en bestående støtteordning, der er i overensstemmelse med denne — *savner hjemmel* til at indlede proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, må Domstolen selvsagt i konsekvens heraf lægge til grund, at der ikke kan bestå nogen forpligtelse til at handle, således at sagen afvises. Efter min opfattelse består Kommissionens forpligtelse her i at efterprøve, om den individuelle støtte er i overensstemmelse med den bestående støtteordning, hvilket Kommissionen da også gjorde. Såfremt den individuelle foranstaltning ikke var i overensstemmelse med ordningen, ville sagsøgeren kunne påberåbe sig dens *retsstridighed* ved de nationale retsinstanser, således som det fremgår af Domstolens faste praksis, hvorefter den procedureregel, der er indeholdt i artikel 93, stk. 3, sidste punktum, har direkte virkning [18].

37. Tilbage står at undersøge, hvorvidt annullationssøgsmålet kan antages til realitetsbehandling. Når henses til, hvad jeg er nået frem til med hensyn til den manglende mulighed for Kommissionen til at indlede en procedure i henhold til artikel 93, stk. 2, vedrørende en individuel foranstaltning som led i en bestående regionalstøtteordning, der er i overensstemmelse med denne, må jeg — hvor meget jeg end lægger vægt på forhandlingsprincippet — konstatere, at det tidligere anførte i væsentlig grad ville være forudbestemmende for en forhandling om realiteten...

38. En sådan forhandling om realiteten bør efter min opfattelse da heller ikke gennemføres, idet jeg mener, at Domstolen ikke vil kunne antage annullationssøgsmålet til realitetsbehandling, når henses til *karakteren* af den afgørelse, der er forelagt for Domstolen. Der er tale om en negativ afgørelse, om et afslag. Det antages i så henseende i Domstolens praksis, at en sag anlagt til prøvelse af en beslutning om afslag kun kan antages til realitetsbehandling, såfremt en positiv afgørelse ville have kunnet anfægtes. Dette fremgår af en lang række afgørelser, hvoriblandt bør fremhæves dommene i sagerne De Gezamenlijke Steenkolenmijnen [19], Lütticke [20] og Nordgetreide [21]. Det fremgår klart heraf, at

»det er et knæsat princip, at en afgørelse om afslag kun kan gøres til genstand for et søgsmål, såfremt den positive afgørelse, som den pågældende myndighed har afvist at træffe, ville have kunnet anfægtes ved Domstolen« [22].

39. En positiv afgørelse ville her have bestået i en opfordring til at fremsætte be-

17 — Jfr. generaladvokat Warners forslag til afgørelse i sag 177/78, Pigs and Bacon Commission, Sml. 1979, s. 2161, hvori det antages, at »uvæsentlige« ændringer ikke forudsætter anmeldelse.

18 — Jfr. sag 6/64, Costa mod ENEL, dom af 15. juli 1964, Sml. 1954-1964, s. 531, 537, den ovennævnte sag Lorenz, sag 77/72, Capolongo, dom af 19. juni 1973, Sml. s. 611, og sag 121/73, Markmann, dom af 11. december 1973, Sml. s. 1495.

19 — Sag 30/59, dom af 23. februar 1961, Sml. 1954-1964, s. 211.

20 — Sag 48/65, dom af 1. marts 1966, Sml. 1965-1968, s. 169 (sammendrag), org. ref. Rec. s. 27.

21 — Sag 42/71, dom af 8. marts 1972, Sml. s. 41 (sammendrag), org. ref. Rec. s. 105.

22 — Generaladvokat Gands forslag til afgørelse i sag 48/65, Lütticke, jfr. ovenfor, Rec. s. 44.

mærkninger, jfr. artikel 93, stk. 2. Det er utvivlsomt, at en sådan afgørelse ikke kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. En sådan afgørelse er således af forberedende art og træffes med henblik på, at Kommissionen kan indhente yderligere oplysninger[23], som kan bidrage til grundlaget for Kommissionens endelige beslutning om, hvorvidt den pågældende støtte er forenelig med fællesmarkedet. Det er under en sag anlagt til prøvelse af en sådan beslutning, at Domstolen undersøger, hvorvidt »opfordringen til at fremsætte bemærkninger« måtte være behæftet med mangler[24].

40. Det er rigtigt, at ikke alle forfattere har tilsluttet sig Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om formaliteten i sager rettet mod en negativ afgørelse, hvorefter spørgsmålet må afgøres på grundlag af det, der ville gælde for en positiv afgørelse[25]. Det anføres herved, at et afslag eller en passivitet kan skabe endelige retsvirkninger som dem, der er kendetegnende for afgørelser, der kan indbringes for Domstolen, hvorimod dette ikke er tilfældet med positive afgørelser. Et vigtigt eksempel på dette er klart et forslag til direktiv, idet Rådet én gang for alle forhindres i at træffe afgørelse, såfremt Kommissionen nægter eller afholder sig fra at vedtage et sådant.

41. Tilbage står imidlertid, at det fremgår af den omtalte praksis, at en negativ afgørelse kun kan indbringes for Domstolen, såfremt en positiv afgørelse ville have kunnet anfægtes. Medmindre Domstolen vil ændre denne ganske klare praksis, må den ligeledes afvise annullationssøgsmålet.

42. Lad mig tilføje, at beskaffenheden af den omtvistede afgørelse ifølge Domstolens praksis giver yderligere grundlag for at afvise passivitetssøgsmålet. Spørgsmålet om, hvorvidt et passivitetssøgsmål kan antages til realitetsbehandling, afhænger således af karakteren af den afgørelse, som ønskes truffet[26]. Endvidere har Domstolen antaget, at når der skal tages stilling til, om en sag kan antages til realitetsbehandling, må der ved såvel passivitetssøgsmål som annullationssøgsmål tillægges begrebet »afgørelse«, der kan indbringes for Domstolen, det samme indhold[27]. Domstolen bør efter disse principper lægge til grund, at såfremt afvisningen af at indlede proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, ikke er en afgørelse, der kan indbringes for Domstolen, kan Irish Cement heller ikke indbringe spørgsmålet om Kommissionens passivitet for Domstolen.

23 — Det er på dette punkt, at man efter min opfattelse vanskeligt i denne sag kan overføre det resultat, som Domstolen nåede frem til i dommen i sagen Fediol (191/82, dom af 5. oktober 1983, Sml. s. 2913). I dette tilfælde antog Domstolen en sag til realitetsbehandling, som var anlagt til prøvelse af en beslutning om at afslutte den indledende fase af en undersøgelse, hvorom det gjaldt, at klagerne i forbindelse med dens indledning og forløb havde »ganske bestemte rettigheder«. Dette er ikke tilfældet her. I forbindelse med artikel 93, stk. 2, består der en mulighed for at fremsætte bemærkninger over for Kommissionen, men denne mulighed omtales i bestemmelsen »helt i almindelighed og uden tilføjelser af nogen art« (sag 169/84, Cofaz, dom af 28. januar 1986, Sml. s. 391, præmis 25). Endvidere er der kun tale om noget eventuelt, der indtræffer efter indledningen af proceduren. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Domstolen i dommen i sagen Cimenteries omtalte beskaffenheden af en meddelelse i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17 således, at der var tale om »afslutningen på en særlig procedure, som er forskellig fra den..., hvormed der... træffes endelig afgørelse« (8-11/66, dom af 15. marts 1967, Sml. 1965-1968, s. 337). Endnu engang foreligger der ikke et sådant tilfælde her.

24 — Jfr. sag 323/82, Intermills, dom af 14. november 1984, Sml. s. 3809.

25 — Jfr. Vandersanden og Barav: *Contentieux communautaire*, s. 145 ff., 229 ff.; Kovar: *Juris classeur de droit international*, 1980, bind 161 C, s. 8, punkt 24.

26 — Jfr. den ovenfor nævnte sag Borromeo, Rec. 1970, s. 815 (dette har givet anledning til tilsvarende forbehold som dem, der er fremsat, for så vidt angår praksis vedrørende negative afgørelser; det gøres ligeledes gældende, at en passivitet kan skabe endelige retsvirkninger, som en positiv afgørelse ikke ville skabe (jfr. henvisningerne i fodnote 22 og de deri omtalte forfattere).

27 — Jfr. sag 15/70, Chevalley, dom af 18. november 1970, Rec. s. 975, 979, præmis 6.

43. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 3, kan Domstolen, såfremt der foreligger ganske særlige grunde, ophæve sagsomkostningerne. I dommen i sagen Holz [28] bragte Domstolen denne bestemmelse i anvendelse under henvisning til, at

»sagsøgeren [havde] haft fyldestgørende grunde til at søge Domstolens afgørelse af det omtvistede forhold«.

Et sådant tilfælde kan ikke antages at foreligge her.

28 — Sag 153/73, dom af 2. juli 1974, Sml. s. 675.